

*Revista Crítica
de Ciências Sociais*

Revista Crítica de Ciências Sociais

80 | 2008
Epistemologias do Sul

A teoria do “encerramento do *Ijtihad*” no direito islâmico

The Theory of ‘Closing the Doors of Ijtihad’ in Islamic Law

La théorie de la “fermeture du Ijtihad” dans le droit islamique

Liazzat J. K. Bonate



Edição electrónica

URL: <http://journals.openedition.org/rccs/704>

DOI: 10.4000/rccs.704

ISSN: 2182-7435

Editora

Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra

Edição impressa

Data de publicação: 1 Março 2008

Paginação: 195-211

ISSN: 0254-1106

Refêrencia eletrónica

Liazzat J. K. Bonate, « A teoria do “encerramento do *Ijtihad*” no direito islâmico », *Revista Crítica de Ciências Sociais* [Online], 80 | 2008, colocado online no dia 01 outubro 2012, criado a 30 abril 2019.

URL : <http://journals.openedition.org/rccs/704> ; DOI : 10.4000/rccs.704



LIAZZAT J. K. BONATE

A teoria do “encerramento do *Ijtihad*” no direito islâmico

O postulado da jurisprudência islâmica clássica sobre o “encerramento dos portões do *ijtihad*”, ou a teoria da abdicação da aplicação do raciocínio humano para a extrapolação da lei a partir das escrituras sagradas, foi indicado por orientalistas como uma das razões da alegada incapacidade das sociedades islâmicas de acompanhar o desenvolvimento moderno, do qual o Ocidente desfrutava. O fecho do *ijtihad* pareceu ser a causa plausível da aparente estagnação e da falta de criatividade da jurisprudência muçulmana. Apesar de juristas pré-modernos islâmicos e os orientalistas concordarem sobre o encerramento do *ijtihad*, este, nos dias que correm, tem sido objecto de estudos mais aprofundados e de discussões acesas entre académicos, sendo opinião comum que nem o exercício nem a teoria da lei islâmica manifestaram alguma vez a ausência do *ijtihad* ou da criatividade jurídica.

1. Introdução

Os conceitos de *direito islâmico* ou de *lei islâmica* não eram conhecidos no mundo islâmico antes do século XIX, quando os colonialistas europeus adaptaram estas noções ocidentais à teoria jurídico-legal do Islão (Khala-fallah, 2001: 144). De facto, a concepção e a prática jurídica tomaram as mais variadas formas ao longo da história e entre os diferentes pontos geográficos e culturais muçulmanos. Mas o termo *fiqh* é geralmente usado para indicar o *corpus* da literatura que lida com os métodos e o processo da legislação e, muitas vezes, o *fiqh* é identificado também com a jurisprudência ou ciência da lei islâmica pelos académicos ocidentais. O termo *Shari'a*, por outro lado, indica o princípio da legalidade no sentido lato em referência ao código religioso do Islão.

Neste artigo, pretende-se discutir uma das teorias da jurisprudência islâmica clássica, conhecida como do “encerramento dos portões do *ijtihad*” (*Insidad Bab al-Ijtihad*) ou a teoria da abdicação do uso da razão humana para fins de extrapolação da lei a partir das fontes islâmicas. Sobretudo os académicos orientalistas observavam que os legistas islâmicos chegaram a um consenso (*ijma*) no século X que impedia o exercício do *ijtihad*. Por

exemplo, Joseph Schacht (1964: 70-71) e Noel J. Coulson (1964: 80-81), que partilhavam esta posição com muitos outros académicos do seu tempo, defendiam que, a partir desse século, o direito do *ijtihad* foi substituído pelo dever do *taqlid* ou da imitação, e isto alegadamente conduziu não só a uma estagnação e falta da criatividade no pensamento jurídico-legal, mas ao declínio gradual da civilização islâmica.

No entanto, os investigadores mais recentes apontam que nem o *ijtihad* nem a criatividade jurídico-legal deixaram nunca de ser praticadas por muçulmanos. As posições destes investigadores contemporâneos são refletidas no presente artigo.

2. A formação da jurisprudência *sunni*

O Profeta Muhammad era fundador de uma sociedade baseada nos ideais do Islão, e, ao longo da vida, serviu de intermediário entre os humanos e a vontade divina. A partir da sua morte, em 632, os muçulmanos enfrentaram o dilema de resolver as questões do seu quotidiano em conformidade com as exigências da *Shari'a* na ausência de um mediador vivo. O *al-Qur'ão*, o livro da revelação divina, apesar de conter uns 500 versículos sobre as questões do direito e da legislação, é, basicamente, um livro de prescrições morais e religiosas, e não podia responder a todas os problemas suscitados pela expansão e a complexidade crescente da sociedade islâmica (Hallaq, 1997: 3). A partir do reino dos Umaiades (661-750), os estudiosos islâmicos, ou '*ulam*',¹ concentraram-se na compilação dos ditos e feitos do Profeta Muhammad (*sunna*) em manuais de *Hadith* (Hallaq, 1997: 9-12). Com a ascensão ao poder da dinastia dos Abássidas, em 750, alguns '*ulama* foram convidados para conselheiros do governo e o califa Harun al-Rashid (786-809) estabeleceu um poder judicial centralizado, nomeando Abu Yusuf (m. 798) como principal juiz do Estado (o *qadi al-qudat*). O *qadi al-qudat* exercia uma autoridade judicial (*wilayat al-qada*) na qualidade de *hakm* (o administrador soberano) (Kamali, 1993: 55).

O corpo da doutrina jurídico-legal começou a ser construído neste período pelos '*ulama*, que se empenharam na sistematização das metodologias a serem aplicadas ao *al-Qur'ão* e aos *Hadith*. Como assinala Coulson (1964: 82), a jurisprudência islâmica clássica não cresceu a partir da prática de tribunais, mas originou-se nas discussões teóricas dos intelectuais. Os '*ulama* acabaram por formar escolas jurídicas,² entre as quais a de Kufa, no Iraque, e a de Medina tiveram um impacto assinalável para o desen-

¹ Pl., sing., '*alim*, os detentores do conhecimento, '*ilm*, sobre as escrituras sagradas.

² Sing., *madhhab*, pl., *madhbabib*.

volvimento da jurisprudência islâmica *sunni* (Coulson, 1964: 37-52). Embora ambas as escolas fossem enriquecidas por contribuições intelectuais de vários juristas, a fundação da escola de Kufa foi atribuída a Abu Hanifa (m. 767) e a da Medina a Malik ibn Anãs (m. 796). Mas Muhammad ibn Idris al-Shafi'i (767-820), residente do Cairo, foi o grande arquitecto da jurisprudência islâmica (*usul al-fiqh*), tendo introduzido alguma uniformidade na sua teoria e metodologia (Schacht, 1964: 48; Coulson, 1964: 53-61; Makdisi, 1991: 5-47; Hallaq, 1997: 18-21). Depois de Shafi'i, todos os actos legais passaram a ser avaliados com referência a cinco categorias que são a base da *Shari'a* como ela é conhecida hoje: 1) os actos compulsivos ou obrigatórios (*fard wajib*), impostos inequivocamente por Deus sobre os indivíduos (*fard 'ayn*) e sobre a comunidade no seu todo (*fard kifaya*); 2) os actos recomendáveis (*mustahabb*), que acarretam uma recompensa, mas cuja omissão não é castigada; 3) os actos permissíveis (*mubah*), que são actos cuja omissão ou realização são igualmente indiferentes, isto é um muçulmano pode optar livremente entre as duas possibilidades; 4) os actos impugnáveis (*makruh*), que são recompensados quando omitidos e punidos quando cometidos; e 5) os actos proibidos (*haram*), que são invariavelmente castigados quando cometidos (Lambton, 1981: 2; Hallaq, 1997: 40-41).

Al-Shafi'i também regularizou as principais fontes ou “raízes” (*usul*) da legislação, estatuidando que as leis podem ser derivadas somente das escrituras sagradas do *al-Qur'ão* e da *Sunna* do Profeta Muhammad, que mutuamente se complementam no teor e na hermenêutica. A *Sunna*, que significa a tradição e os precedentes, tinha até então muitas conexões com a Arábia pré-islâmica, mas Al-Shafi'i ligou-a invariavelmente ao Islão, limitando-a às tradições do Profeta Muhammad registadas em *Hadith*. A extrapolação das decisões jurídicas a partir das escrituras sagradas deve ser feita somente por um *mujtahid*, cuja qualificação incluía o conhecimento profundo da língua árabe, dos conteúdos jurídicos do livro sagrado e da teoria de *naskh* (abrogação). O jurista deve usar a *Sunna* na interpretação daqueles versos *Qur'ânicos* que têm um significado e uma linguagem ambíguos e, se não houver uma *Sunna* apropriada, deve saber se houve algum consenso (*ijma*) a respeito do caso. O *ijma* é, geralmente, de toda a comunidade islâmica (*umma*), mas, em particular, da colectividade dos juristas da mesma geração qualificados para exercer o *ijtihad* (os *mujtahids*) (Coulson, 1964: 60; Hallaq, 1997: 75-81). Se já houve um *ijma*, o jurista deve seguir a sua deliberação. Se não, ele deve usar o método da dedução analógica (*qiyas*) ou empregar o seu raciocínio e a sua interpretação criativa (*ijtihad*) sobre os textos sagrados para chegar a uma deliberação jurídica.

Em relação às decisões jurídicas, al-Shafi'i argumenta que elas têm carácter obrigatório quando são baseadas em textos claros e não ambíguos e, no caso de *Hadith*, quando esta foi amplamente transmitida e largamente aceite a sua veracidade (Coulson, 1964: 55-58; Hallaq, 1997: 22-30). No caso em que os textos sejam ambíguos e o jurista tenha chegado à sua deliberação a partir de *qyas* ou *ijtihad*, essa deliberação não tem um carácter obrigatório e pode ser sujeita a discordância e a apelação.

O *qiyas* não foi aceite unanimemente por toda a camada dos '*ulama*, e alguns, como Ahmad ibn Hanbal (m. 855), insistiram na primazia do *al-Qur'*ão e das *Hadith* como únicas fontes da lei (Coulson, 1964: 71; Hallaq, 1997: 32-33). Comparativamente a ibn Hanba e al-Shafi'i, Abu Hanifa e Ibn Malik atribuíam uma importância maior às fontes suplementares da lei. Por exemplo, ibn Malik reconhecia o *istislah*, uma deliberação legal justificada por interesse público (*al-masalih al-mursala*) (Hallaq, 1997: 112). Ao mesmo tempo, os seguidores de Abu Hanifa podiam recorrer à *istihsan*, ou princípio da preferência jurídica nas suas deliberações (Coulson, 1964: 91). Existiam outras discrepâncias entre as quatro escolas, que emergiram nos diferentes pontos geográficos e tomaram os nomes dos seus supostos fundadores, nomeadamente, de Abu Hanifa (*hanafi*), de Malik ibn Anãs (*maliki*), de al-Shafi'i (*shafi'i*) e de ibn Hanbal (*hanbali*). A coexistência tolerante e o reconhecimento mútuo destas escolas, apesar das diferenças, foram selados por uma *ijma* baseada no princípio do *ikhtilaf* (a aceitação da diversidade), que as legitimou como quatro escolas ortodoxas *Sunni*. A formação destas *madhhabib* no século X, de acordo com Schacht (1964: 70-71), assinalou a chegada de um

ponto em que os estudiosos de todas as escolas sentiram que as perguntas essenciais tinham sido discutidas por completo e esclarecidas em definitivo, estabelecendo-se então gradualmente um consenso (*ijma*) nos termos do qual, a partir desse momento, ninguém poderia ser julgado detentor das qualificações necessárias para o exercício e aplicação do raciocínio independente (*ijtihad*) sobre a lei, e toda a actividade futura teria que ser confinada à explanação, aplicação, e interpretação da doutrina [...] da maneira como ela tinha sido estabelecida de uma vez para sempre.³

Assim, pôs-se em prática o regime de *taqlid*, e os juristas, alegadamente, abandonaram a sua criatividade independente, transformando-se em meros imitadores (*muqallid*). A partir de então, eles demonstravam na sua quase totalidade “uma adesão servil não somente à substância mas também à forma

³ Todas as traduções do inglês são da autora.

e à organização da doutrina de maneira como ela fora elaborada pelos seus predecessores” (Coulson, 1964: 84). De acordo com Schacht, Coulson e outros académicos fundadores da disciplina do *Direito Islâmico* no ocidente, a actividade dos juristas ficou reduzida à uma análise detalhada dos critérios já estabelecidos.

3. O encerramento do *Ijtihad* e a teoria jurídica

Embora não tenha desenvolvido este ponto, contraditório com o passo citado acima, Schacht (1964: 72-73) não deixa de afirmar que, posteriormente ao estabelecimento do *taqlid*, a actividade jurídica “não era menos criativa” e “não faltou à lei islâmica a criatividade e o pensamento original”.

De facto, os investigadores contemporâneos convergem na opinião de que nem a criatividade jurídico-legal nem o *ijtihad* alguma vez cessaram. Entre eles, Bernard Weiss (1978: 208-9) indica que, em princípio, nem podia haver nenhuma barreira permanente para o exercício do *ijtihad*, pois a evolução histórica da jurisprudência islâmica mostra que ela foi capaz de enfrentar as situações novas e sem precedentes que constantemente surgiam e criou continuamente deliberações legais que reflectiam estas situações. Como prova manifesta do exercício ininterrupto do *ijtihad*, Rudolph Peters (1984) catalogou uma cadeia de *mujtahids* ao longo de toda história do Islão, mas sobretudo nos séculos XVIII a XIX. Reforçando a opinião de Peters, Wael B. Hallaq (1984) cita outros tantos *mujtahids*, e menciona que a questão do fecho do *ijtihad* em si emergiu na literatura jurídica islâmica muito mais tarde (nos séculos XII ou até XVI) do que os orientistas inicialmente pressupunham (no século X). Sobretudo, ele identifica a predominância do *ijtihad* com as reivindicações de determinados juristas de serem eles próprios os *mujtahids* e até os *mujjaddids* (os que renovam o compromisso com o Islão ou reedificam o Islão no início de cada século), e com o reconhecimento por alguns deles da existência de outros *mujtahids* e dos respectivos *mujjaddids* de cada século.

Refutando qualquer possibilidade de abolição do *ijtihad*, Hallaq (1984: 5) argumenta que tal acto seria considerado ilegal, pois Deus impôs a sua obrigatoriedade (*fard kifaya*) a qualquer pessoa capaz. Deus também determinou que o praticante do *ijtihad* será sempre retribuído. Se o seu *ijtihad* for correcto, o *mujtahid* será recompensado duas vezes no mundo do além e, se for errado, será recompensado uma vez, pelo seu esforço e por cumprir a sua obrigação. E mesmo um pecador que exerce *ijtihad* terá garantido o seu lugar no paraíso (Hasan, 1976: 16-17, 25; Faruki, 1962: 152-166).

Weiss (1978: 209) e Hallaq (1986: 132) oferecem ambos argumentos puramente teóricos sobre o consenso (*ijma*) em torno do fecho do *ijtihad*,

afirmando que isto seria tanto logicamente impossível quanto ilegal, não só porque o *ijtihad* é *fard kifaya* mas também porque o *ijma* é uma fonte da lei (*usul*) sujeita ao *ijtihad*, e cada *ijma* significa não o fim, mas o início do novo *ijtihad*. A teoria jurídica islâmica ou ciência de *usul al-fiqh*, é, de facto, composta por compêndios que focam as maneiras de usar o *ijtihad*, que por si constitui o método central e uma condição *sine qua non* de *usul al-fiqh*. Só através do *ijtihad* o jurista pode chegar a uma decisão judicial. Sendo assim, o fecho do *ijtihad* significaria uma aplicação deficiente ou imperfeita da *Shari'a* – algo inaceitável no Islão –, ou torná-la impossível.

De acordo com Weiss (1978: 208), a declaração do fecho do *ijtihad* e a implementação do *taqlid* foram mais um acaso da história do que uma exigência da teoria. Indo mais avante, e assinalando que, na teoria jurídica, os *muftis* (jurisconsultos) e os *qadis* (juizes) devem ser obrigatoriamente *mujtahids*, Hallaq (1986: 135-36) aponta que as razões para tal declaração devem ser procuradas fora do campo teórico-jurídico. A hipótese deste autor é que ela estivesse ligada à ideia da chegada iminente do dia do Juízo Final, desde a queda do califado no século XI, altura em que os '*ulama* se transformaram na única força capaz de unir a sociedade islâmica mergulhada numa crise sócio-política generalizada (Hallaq, 1986: 134-135, 137-40). Neste contexto, os '*ulama* acreditavam que os *mujtahids* do calibre de al-Shafi'i, por exemplo, tinham deixado de existir e, como não havia *mujtahids*, logicamente os portões do *ijtihad* ficariam encerrados.

4. *Ijtihad* e *taqlid*: as hegemonias em concorrência

Frank E. Vogel (1993) e Baber Johansen (1993) criticaram Peters e, sobretudo, Hallaq por se concentrarem na importância da cadeia de *ijtihad* e na literatura teórica de *usul* (os livros que retratam a metodologia da lei) e de *mutun* (os manuais de *madhhab*), factores que tiveram pouca importância na aplicação real das leis. Johansen (1993: 31) menciona que os *mutun* são textos que foram escritos para ensinar e treinar os juristas e que *usul* apenas cobre as fontes e os métodos da lei, não oferecendo ambos os géneros nenhum suporte para demonstrar a aplicação prática da jurisprudência.

Johansen (1993: 29-30) refere também que a discussão do fecho do *ijtihad* entre os juristas citados por Hallaq não teve nenhuma influência prática sobre o desenvolvimento dos sistemas normativos da lei, embora Hallaq (1986: 140) tenha opinado que “a controvérsia em torno da extinção dos *mujtahids* e do fecho do *ijtihad* situava-se no campo da teoria jurídica e não da prática da lei”. Vogel (1993: 399), por seu turno, explicando este “paradoxo” no estudo de Hallaq, sugere que os '*ulama* da elite podiam exercer o *ijtihad*, “se tivessem capacidade e coragem”, “enquanto, no funcionamento

quotidiano do sistema jurídico”, o *taqlid* “abrangeia o *qadis* e os *muftis* comuns, e não a elite”.

Ambos os autores partilham a ideia de que o *ijtihad* e o *taqlid* não representaram momentos lineares ou mutuamente exclusivos da história islâmica; pelo contrário, eram duas hegemonias que estiveram e continuam em concorrência perpétua. Enquanto o *ijtihad* dominou durante o período formativo da lei islâmica, o *taqlid* ganhou supremacia aproximadamente a partir do século XII. Os dois regimes surgiram como resposta às necessidades imediatas da sociedade muçulmana nos períodos respectivos e, assim, cada um deles estabeleceu a sua área de domínio: enquanto o *ijtihad* prevaleceu no campo teórico da lei, o *taqlid* – como o corpo concreto das regras dos *madhhabib* – transformou-se num método de aplicação prática da lei, moldada por e para a sociedade, mesmo quando esta lei em princípio estivesse restringida pela ordenação suprema de Deus e pelas doutrinas dos *madhhabib*. Assim, o regime de *taqlid* não era uma fase de involução da jurisprudência islâmica na Idade Média, mas da sua evolução (Vogel, 1993; Jackson, 1996; Johansen, 1993; Kamali, 1993).

A ascensão do *taqlid* sobre a sociedade muçulmana reflectiu também a intervenção crescente do Estado nos assuntos jurídicos. Jackson (1996: xxvi-ii) acredita que, depois de os *Mu'tazila* terem conseguido angariar o apoio do governo e criar a Inquisição (*al-mihnab*) nos anos de 833-48, os juristas, a fim de defender a teologia jurídica e a primazia da lei perante a teologia especulativa e a ética *mu'tazilita*, foram forçados a cerrar fileiras e amalgamar as múltiplas *madhhabib* existentes em quatro escolas maiores que, com o consenso (*ijma*), ganharam uma ampla legitimidade. Reconhecendo a unidade e a diversidade destas escolas, o *ijma* garantiu a sua sobrevivência perante a teologia especulativa e o racionalismo *mu'tazila*, ao qual as instituições de *madhhabib* se opuseram, enfrentando, assim, o Estado. O *ijma* dos *madhhabib*, por outras palavras, fez da lei e não da teologia o factor legitimador no Islão.

De acordo com Calder (1993: 242-3), o estabelecimento dos *madhhabib* definiu os juristas como uma classe e reforçou “o abismo entre aqueles que sabem, que têm direito a debater, e aqueles que não sabem”. Na base do *ijma*, as *madhhabib* estabeleceram as opiniões que prevaleceram a partir de então no domínio da lei, proscrevendo ou invalidando todas as conclusões e opiniões que ficaram fora deste. O efeito final do *ijma* foi possibilitar a diminuição das escolas jurídicas existentes e impossibilitar o surgimento de novas (Hallaq, 1984: 11-12). Neste período inicial, o jurista individual permaneceu autónomo e pôde praticar o *ijtihad* independentemente, pois não havia interesse em amarrar os juristas a um corpo específico de regras. Neste

contexto, ser membro de uma *madhhab* significava apenas aceitar a primazia da lei como um ideal. Isto reflectiu-se nas opiniões de vários estudiosos islâmicos, tais como, Abd al-Jabbar (m. 1024), Ibn Abd al-Barr (m. 1070), al-Khatib al-Bagdadi (m. 1058), Juwayni (m. 1085), entre outros.

Já no século XIII, as *madhhab*, tornando-se num “corpo específico de regras jurídicas concretas”, deixaram de ser o enquadramento de um método de raciocínio jurídico (Jackson, 1996: xxx). A partir de então, o *taqlid*, como regime, ganhou hegemonia sobre as *madhhab*, como forma de perpetuar a sua existência e oferecer-lhes a sua autoridade.

O desejo de preservar a *madhhab* em simultâneo como alternativa ao Estado e repositório da autoridade jurídica pode explicar o estabelecimento do regime de *taqlid*. De acordo com Jackson (1996: 70), neste período o reconhecimento da legitimidade mútua entre as *madhhab* com base na *ijma* foi quebrado por uma intervenção maior do Estado no sistema religioso. Os sultões saljuques (1169-1250) e mamelucos (1250-1517) do Egipto ligaram a classe do ‘*ulama* às instituições do Estado (Lapidus, 1988: 353). À conquista do Egipto fatimida e xiíta por Saladino, um sultão saljuque, em 1169, seguiu-se a imposição do sunismo. Saladino introduziu também a *madhhab* hanafita no Egipto, até então dominado pelo xiísmo e pela *madhhab* shafi’i, recrutando proeminentes *qadis* e *muftis* hanafitas, trazidos do exterior. Embora os Saljuques adoptassem uma política de igual tratamento de todas as *madhhab*, de facto a hanafita gozou de uma posição sócio-política superior às restantes *madhhab* (*ibid.*). Os sultões mamelucos seguiram a mesma política. Quando o Sultão Baybars (1260-70) se transformou num shafi’ita, esta *madhhab* ganhou influência e poder no seio do seu estado. Shihab al-Din Al-Qarafi (m. 1285) e Taqi al-Din ibn-Taymiyya (1263-1328), pertencentes às *madhhab* malikita e de hanbalita respectivamente, ambas supostamente “marginalizadas” pelo Estado, argumentavam que a associação de uma *madhhab* ao Estado tinha por consequência que o corpo de regras dessa *madhhab* ganharia uma posição preferencial sobre a sociedade. Tanto o significado quanto o valor do *ijma* foram, assim, desafiados e diminuídos.

A transformação das *madhhab* em corporações profissionais (grémios) garantiu, no entanto, de certa forma a continuidade desta *ijma* (Jackson, 1996: 70-73, 103-112; Makdisi, 1990: 125). Quando a *madhhab* adquiriu um estatuto corporativo – com capacidade para conferir alguma protecção aos seus membros e às suas doutrinas –, ela transformou-se num contexto no âmbito do qual todos os tipos de interpretações jurídicas poderiam ocorrer. Makdisi (1990: 131) argumenta que uma *madhhab*, tal como qualquer corporação, está estruturada hierarquicamente, apresentando uma

organização com três graus: o neófito (*mutaffaqih*), o estudante graduado (*sahib*) e o mestre/professor (*mufti/mudarris*). Cada *madhhab* tinha um mestre dirigente (*o ra'is*). Os *ra'is*, *mudarris* ou *mufti* de cada *madhhab*, frequentemente considerados como os *mujtabids fi' l madhhab* (os *mujtabids* dentro de uma *madhhab*), emitiam opiniões individuais, que se transformavam em opiniões gerais da sua escola. Reconhecendo os *imamos* (fundadores) de cada *madhhab* como os únicos *mujtabids* absolutos e independentes (*mujtabid mutlaq*), os *ra'is* e *muftis* das *madhhabib* não reivindicavam, no entanto, este papel para si, com a exceção talvez de Suyuti (1445-1505) (Hallaq, 1984, 29-33).

Entretanto, os relatos históricos demonstram que o poder executivo dos califas não reforçou sempre as decisões judiciais e, frequentemente, os califas exerceram o seu próprio poder discricionário (Kamali, 1996: 56). Coulson (1964: 121) assinalou que, embora o dever de julgar com imparcialidade completa fosse exigida pelo próprio *al-Qur'ão*, o relacionamento entre o poder judicial e o poder executivo era tal que tornava impossível a aplicação plena deste princípio. Mas a pluralidade de escolas jurídicas e a diversidade das suas doutrinas causavam também confusão e disparidade nas decisões dos tribunais, o que conduzia o governo muçulmano a adoptar uma das escolas como uma *madhhab* oficial do Estado. Mesmo um defensor tão lídimo do *ijtihad* como o jurista al-Mawardi (974-1058) declarou que as necessidades práticas “requeriam” que cada juiz (*qadi*) seguisse uma escola particular da lei nas suas deliberações (Vogel, 1993: 400). Por esta razão, Vogel (1993: 398) relaciona a transformação dum *qadi-mujtabid* em um *qadi-muqallid* com a emergência do Estado muçulmano.

Entre os séculos X e XIII, os estudiosos islâmicos seguiam formulações diferentes a respeito da liberdade de *qadi* (Hallaq, 1984). Mas a ideia de que os *mujtabids* eram inalcançáveis foi alastrando, em paralelo com a ideia da necessidade de os *qadis* assumirem autoridade sobre todo o Estado. A crescente intervenção do Estado no sistema judiciário tornou o lugar de *qadi* indesejável para muitos *mujtabids*, que declinavam com notável frequência o exercício desta função, e a necessidade de novos *qadis* foi preenchida pelo recrutamento dos juristas menos qualificados (*muqallids*) (Makdisi, 1985: 87).

Os exemplos citados por Vogel, Jackson (1996) e Kamali (1993) ilustram como o *taqlid* começou a ganhar a supremacia sobre a instituição do juiz (*qadi*). Jackson (1996: 152-162), a partir dos textos dos diferentes juristas dos séculos X a XIII, atesta como a exigência de um *qadi* ser um *mujtabid* foi gradualmente abandonada a favor de ele ser apenas um *muqallid*. Por outro lado, Vogel (1993: 398-401) mostra que a decisão de um *qadi-mujtabid*

não era obrigatória (*hukm*), mas apenas *zanni* (incerta), e, portanto, dificilmente podia ser aplicada na prática. O facto de um *qadi* ser o *mujtahid* significava que a sua opinião individual (*ijtihad*) tinha mais um carácter de recomendação ou parecer do que propriamente de decisão judicial. Este facto levou Ibn Muqaffa (m. 757) a queixar-se da existência de uma “multiplicidade de decisões legais ou jurídicas que eram mutuamente contraditórias”. O processo judicial foi também complicado pela liberdade dos leigos de escolher entre os diferentes *qadis* e as respectivas opiniões. Makdisi (1984: 82) aponta que um *ijtihad* individual tanto podia ser seguido por um leigo como também ser rejeitado e, conseqüentemente, esse *ijtihad* não era *hukm*. Ao mesmo tempo, o conceito de que todos os *mujtahids* eram livres e independentes criou confusão a respeito da aplicação da lei a toda uma cidade ou a um estado, para além de que abriu espaço para a corrupção e arbitrariedade judicial e negou aos litigantes a previsibilidade da lei. Isto significou que, quanto aos conteúdos jurídicos das decisões judiciais, cada *qadi* ficou limitado pelas opiniões da sua respectiva *madhhab*. Quando um *qadi* escolhia seguir o parecer de uma *fatwa* endossada pela sua *maddhab*, o seu acto de escolha transformava este parecer de uma *fatwa* em uma *hukm*.

Neste sentido, a emergência do *taqlid* vinculou o jurista a uma escola específica do direito e produziu uma solução para as dificuldades práticas que o Estado enfrentava quanto à aplicação da lei. Mas isto também facilitou que as opiniões dos juristas individuais adquirissem o estatuto de uma decisão judicial (*hukm*), porque o jurista falava agora em nome de uma escola reconhecida pelo *ijma*, que legitimou as *madhhab* existentes. Em comparação ao conceito de *zann*, o *ijma* era infalível e obrigatório, e baseava-se no princípio de que “a minha comunidade nunca concordará num erro” (*al-Qur’ão*, 4: 115). Conseqüentemente, quando Hallaq (1984: 4) afirma que “[...] o *mujtahid* pode tentar, empregando o procedimento do *qiyas* (analogia), descobrir o julgamento (*hukm*) de um caso sem precedente (*far’; pl. furu’*)”, ele contradiz a opinião generalizada de que um *ijtihad* individual é *zanni* (incerto e falível) (Faruki, 1962: 26-27; Hasan, 1976: 61-63).

Apesar do reconhecimento de que o *taqlid* era um *modus vivendi* dominante na jurisprudência deste período, a prática do *ijtihad* não foi abandonada totalmente. Portanto, não houve nem podia haver um “encerramento dos portões do *ijtihad*”. A prática contínua de *ijtihad* pode ser ilustrada a partir da evolução da instituição de *mufti* (jurisconsulto) (Hallaq, 1997: 123). Se, a partir do século XIII, a opinião do *qadi* se tornou numa decisão judicial obrigatória (*hukm*), a *fatwa* do *mufti* continuou a ser “não-

-deliberativa e sujeita a contestação” (Jackson, 1996: 143). Consequentemente, se o *ijtihad* individual dum *qadi* ficou restringido tanto pela sua *madhhab* como pelo Estado, um *mufti*, embora teoricamente devesse seguir o corpo das regras da sua *madhhab*, na prática, gozando dum estatuto muito elevado na sua *madhhab*, continuou a ser um *mujtahid* independente tanto do Estado, quanto da *madhhab*, situação em que se manteve, pelo menos, até ao século XVI. Nessa época os Otomanos começaram a nomear um *mufti* a nível do Estado, altura em que a decisão jurídica dum *mufti* se transformou num *hukm* também (Makdisi, 1985: 87; Makdisi, 1990: 122; Johansen, 1993: 34).

O *mufti*, através do seu *ijtihad* independente e absoluto, produziu mudanças legais tanto teóricas quanto na prática (Makdisi, 1990:131). Schacht e Coulson estavam bem cientes desta função do *mufti* e das *fatawa*.⁴ Schacht (1964: 74-74) descreve-os como uma contribuição importante “para o desenvolvimento doutrinal da lei islâmica”, e Coulson (1964: 140-42; 148) nota que esta intervenção causou de facto, “modificações consideráveis na doutrina restrita clássica”. Infelizmente, ambos os autores não desenvolvem as suas opiniões a este respeito.

Johansen (1993: 29-49) sublinha que estas mudanças, que tomaram a forma de novas interpretações, foram incorporadas na literatura jurídica medieval de *fiqh*, constituídas por *mutun* e *usul*. Esta literatura foi, gradualmente, enriquecida com as interpretações das *madhhab* acima mencionadas, e incorporada em géneros literários novos, tais como os *shuruh* (comentários) e os *fatawa*. Johansen estudou alguns destes documentos datados de entre os séculos XI a XV, que reflectem em particular as mudanças jurídicas dentro da *madhhab hanafi* em relação ao imposto fundiário e ao aluguer de terra. De facto, as leis *hanafi* do período anterior indicavam que o imposto devia ser fixado sobre todas as terras aráveis. No século XII, os juristas da Ásia Central já fazem uma diferenciação entre as terras usadas pelos camponeses para a produção e as que pertencem aos proprietários que tiram proveito das rendas colectadas, e dos respectivos impostos (Johansen, 1993: 40). Entre os séculos XV e XVIII, os juristas *hanafi* do Egipto e Síria acharam que a regra relativa ao imposto fundiário deliberada pelos fundadores da sua escola já não se aplicava aos seus países. Esta nova opinião divergia claramente da doutrina fundamental da escola *hanafi*, e os *muftis* discutiram as razões pelas quais a antiga doutrina foi substituída por uma nova. A nova doutrina dava conta das necessidades sociais e económicas que justificavam uma mudança na lei. Os *muftis* afirmavam “que *fatawa*

⁴ Pareceres jurídicos produzidos por *muftis*.

podem diferir da tradição anterior, e podem até negligenciá-la; e podem desenvolver doutrinas novas e impô-las aos *qadis*” (Johansen, 1993: 35-6).

No geral, não há nenhuma dúvida de que os *muftis* não discutiam as doutrinas das suas escolas como um *corpus juris* inalterável, mas como uma tradição em mudança, que deveria ser constantemente ajustada e adaptada às mudanças do tempo e da sociedade. Tudo indica que o princípio de *taqlid* não é aplicável aos *muftis* e às *fatawa*. Um bom exemplo disto é a actividade jurídica de Ibn-Taymiyya, que, nos seus trabalhos, clamou por um rigoroso *ijtihad* radical (Makari, 1983: 87). Victor E. Makari menciona que Ibn Taymiyya, na qualidade de *mufti*, era claramente um *mujtahid mutlaq*, absoluto e independente, apesar de sublinhar constantemente a sua pertença à escola hanbali. Este ponto é reforçado ainda mais por Benjamin Jokisch (1997), que, concentrando a sua pesquisa nas *fatawa* de Ibn Taymiyya, revela que estas frequentemente contrariavam as posições estabelecidas pela escola hanbali e tinham um espírito sobejamente inovador e uma interpretação independente e original (Jokisch, 1997: 129).

Os juristas medievais declararam expressamente que o *mufti*, ao contrário do *qadi*, tinha todo o direito de discutir os motivos, a consciência religiosa, e as intenções ou, por outras palavras, “os aspectos internos” (*al-batin*) dum crente. Somente quando um *mufti* era chamado a emitir uma orientação legal para um caso trazido perante o *qadi*, é que ele devia referir-se ao *zahir*, ou aos aspectos externos da lei e da acção humana (Johansen, 1993:33). A fim de separar a função de orientação religiosa e de perícia jurídica, a primeira devia ser apresentada oralmente, enquanto a parte de perícia jurídica devia ser realizada de forma escrita, como uma *fatawa*.

Al-Qarafi acreditava que, neste período, o padrão característico do processo judicial no seu todo assentou na divisão efectiva de competências entre o *qadi* e o *mufti* – enquanto as actividades do *qadi* ficaram restringidas às questões factuais, o *mufti* manteve a jurisdição da lei (Jackson, 1996: 145). O *mufti* era um *mujtahid*, porque a sua opinião não tinha que ser seguida e obrigatoriamente adoptada pelos leigos ou pelos *qadis*; ele trabalhava na parte teórica da lei, interpretando e emitindo opiniões sobre como as leis deviam ser aplicadas. O *qadi* era um *muqallid* (seguidor da deliberações do *mufti-mujtahid*); ele poderia potencialmente transformar o *ijtihad* numa decisão judicial obrigatória e final (*hukm*).

Faruki, Hasan e Coulson alegaram que, desde a instituição do regime de *taqlid*, o *ijtihad* absoluto (*ijtihad mutlaq*) deixou de ser praticado. Estes autores argumentam também que o *ijtihad fi' l madhhab* (o *ijtihad* dentro de uma *maddhab*) tinha substituído o *ijtihad mutlaq*. Esta opinião contradita o facto de vários *muftis* e *mujtahids*, tais como Juwayni (m. 1085), Ibn

Taymiya, al-Ghazali (m. 1111), ar-Rafi'i (m. 1226), Suyuti e outros terem continuado a exercer o *ijtihad mutlaq*, apesar de pertencerem a *madhhabib* diferentes. Embora estes juristas fossem identificados como *mujtahid muntasib* (os *mujtahids* filiados numa escola jurídica), ou como *mustaqill* (*mujtahids* dentro duma escola jurídica), as suas interpretações inovadoras e originais baseavam-se directamente nas escrituras sagradas de *al-Qur'ão* e da *Sunna*, e não eram limitadas pelos termos doutrinários das suas respectivas escolas (Hallaq, 1984: 13-20, 26-27).

Apesar de Hallaq opinar que o *qiyas* era a “espinha dorsal do *ijtihad*”, este não foi praticado geralmente por *muqallids*, e al-Qarafi confirma que qualquer pessoa podia praticar *qiyas* com base na *madhhab* do seu *imamo*, em casos em que o *ijtihad* era chamado *takhrij*, e permanecendo ainda assim um *muqallid* (Hallaq, 1984: 7; Jackson, 1996: 128). Mas, se os *ra'is* e *muftis* dominaram a disciplina de *usul al-fiqh* a fim de poder extrapolar (executando *takhrij*) uma decisão legal com base no *madhhab* do *imamo*, eles podiam aplicar o mesmo método directamente às escrituras sagradas (exercendo o *ijtihad mutlaq*). Na prática, o que eles reivindicavam como uma mera imitação do método dos *imamos* eram, em muitos casos, os seus próprios *ijtihad* independentes e absolutos. Como intérpretes da lei divina, eles não tinham poder para abolir a lei vigente, mas, em certas ocasiões, um jurista particularmente talentoso podia conseguir, pela argumentação, modificar uma lei previamente estabelecida. O mecanismo por eles adoptado para introduzir mudanças e inovações na lei era o da “justaposição de soluções diferentes a um e o mesmo problema” (Jackson, 1996: 96-112; Johansen, 1993: 30).

Na discussão do *taqlid*, Schacht equiparou-o à “aceitação inquestionável das doutrinas das escolas e das autoridades estabelecidas” (Schacht, 1964: 71). Em contrapartida, para o jurista medieval muçulmano al-Qarafi, existiam potencialmente múltiplas doutrinas expressas pelos *imamos* das *madhhabib* e pelas autoridades antigas que, no entanto, não foram enquadradas nas suas respectivas escolas jurídicas e, assim, não se tornaram um objecto *taqlid* também (por exemplo, o *batin*) (Jackson, 1996: 127). Ele sublinha que as opiniões dos epónimos das escolas e das autoridades antigas não devem ser seguidas cegamente, mas devem ser examinadas de maneira a excluir as “doutrinas” extra-legais do santuário da lei.

O *taqlid*, de acordo com al-Qarafi, consiste em cinco componentes: as categorias legais (*ahkam*), as causas legais (*asbab*), os pré-requisitos legais (*shurut*), os impedimentos legais (*mawani*) e as variadas formas das provas apresentadas ao tribunal (*hijaj*) (Jackson, 1996: 139). O *taqlid*, como o que vinculava uma *madhhab*, é válido somente como um constituinte da lei. Mesmo neste campo restrito e dominado pelo *taqlid*, o *ijtihad*, pelo menos

no sentido da observação pessoal ou científica, não ficou obliterado, mas assumiu o seu próprio lugar ao lado do *taqlid*, e, em muitos casos, como uma parte necessária do processo jurídico.

Al-Qarafi indica que os pronunciamentos judiciais nas questões fora da área do *taqlid* não são decisões obrigatórias, mas somente acções discricionárias. Tanto um *mujtahid* como um *muqallid* podem deliberar acerca das questões para-legais, na tentativa de determinar se uma regra pode ou não ser aplicada no caso em juízo. O que é importante, entretanto, é que nenhum dos dois toma estas questões como parte da aplicação da lei propriamente dita. Para al-Qarafi, era importante impedir qualquer convergência – sempre indesejável – entre a autoridade discricional (*ijtihad*) e legal (*taqlid*).

O facto de o *taqlid* servir como um meio prático para a aplicação do *ijtihad* não significava que o *taqlid* podia eclipsar ou substituir o *ijtihad* propriamente dito, situação que foi claramente argumentada por al-Qarafi. Por um lado, para al-Qarafi, a lei é a *madhhab*, e assim ela é domínio de *taqlid*, restrita pelo corpo das regras da respectiva *madhhab*. O *ijtihad*, por outro lado, não é limitado pela *madhhab*, mas, porque o *ijtihad* serve para fornecer a justificação para o *taqlid*, mesmo um *ijtihad absoluto* deve ser confinado, pelo menos teoricamente, a uma *madhhab*. Assim, apesar de o *ijtihad* (mesmo o absoluto) ser continuamente exercido e não ser proibido de maneira alguma, na vida quotidiana da prática legal podia funcionar somente o *ijtihad* confinado ao corpo das regras duma *madhhab* específica. A existência de *ijtihad* garantiu e deixou margem para a criatividade na lei.

Ao contrário da opinião de Coulson (1964: 84) de que o *taqlid* significava que um *muqallid* seguia rigorosamente a doutrina da sua *madhhab*, as provas históricas e os documentos legais mostram que a prática da escolha entre as posições das varias *madhhabib*, conhecida como *talfiq* ou do eclectismo legal, era largamente aceite. Por exemplo, Calder (1995: 57-75) refere como os juristas *hanafi*, tais como *al-Sarakhsi* (m. 1097), adoptaram uma visão *shafi'i* a respeito da questão do *zakat*. Al-Qarafi mencionou que um bom número de Shafi'itas permitia a prática de *talfiq*. Ibn al-Hajib (m. 1244) permitiu-a abertamente dentro da escola *maliki* (Jackson, 1996: 111). Assim “a lealdade à escola particular não era dogmática, [...] e o relacionamento entre as escolas era dialéctico” (Calder, 1995: 72).

5. Conclusão

A emergência da teoria do “encerramento dos portões do *ijtihad*” foi explicada diferentemente pelos académicos orientalistas dos anos 1950 e 1960, e pelos próprios juristas muçulmanos. Os orientalistas encontraram nela uma explanação histórica para a alegada falta da criatividade jurídico-legal

e para o declínio da civilização islâmica, que, para eles, representava um mundo pré-moderno e atrasado.

Os investigadores contemporâneos apontam que nem o *ijtihad* nem a criatividade jurídico-legal deixaram alguma vez de ser praticados por muçulmanos. Pesquisando a escrita dos juristas muçulmanos de várias épocas, eles demonstraram que os juristas expressaram através da teoria do fecho do *ijtihad* o seu desagrado perante a crise que assolava a sociedade medieval, e que, no entender deles, denotava e iminente aproximação do Dia do Juízo Final. Por outro lado, nesse momento, as bases das teorias jurídicas já tinham sido formuladas e inscritas em *madhhabib*, o que criou uma certa reverência perante os seus fundadores, vistos como os únicos possíveis *mujtahids*. Esta percepção também podia conduzi-los à declaração da impossibilidade do surgimento de novos *mujtahids* à altura e, consequentemente, a declarar o encerramento do *ijtihad*.

No entanto, alguns investigadores mais recentes notaram uma discrepância entre a teoria idealizada do *ijtihad*, promovida pelos juristas, e a prática real da aplicação da lei. Perante a crescente intervenção e controlo do poder judicial pelo Estado, as *madhhabib* vieram tomar o papel de garantes da supremacia da lei sobre a sociedade, opondo-se à influência crescente do Estado. O *ijma* munuiu-as com autoridade e legitimidade. Por outro lado, o *ijtihad*, sendo uma deliberação não obrigatória, dificilmente podia transformar-se numa decisão judicial, e este facto complicou a aplicação da lei na prática. Assim, as *madhhabib*, o Estado, e as necessidades práticas impuseram o regime do *taqlid* em detrimento do *ijtihad*. Embora isto facilitasse a aplicação prática da lei, na realidade, o *ijtihad* e *taqlid* co-existiam, pois o surgimento do *taqlid* não extinguiu o *ijtihad*, mas possibilitou a sua transformação de *zanni* (incerto e não-deliberativo) para *hukm* (obrigatório). O *taqlid* ficou associado mais com a posição do juiz, o *qadi*, e o *ijtihad* prevaleceu no seio dos *muftis*. O *ijtihad*, mesmo o absoluto, nunca deixou de ser exercido, pelo menos no domínio teórico da lei, apesar de, na prática este ter de ser associado a uma *madhhab*. Assim, o *ijtihad* continuou a estimular a criatividade e as mudanças jurídicas e legais ao longo de toda a história do Islão.

Referências bibliográficas

- Calder, Norman (1993), *Studies in Early Muslim Jurisprudence*. Oxford: Clarendon Press.
- Calder, Norman (1995), “Exploring the God’s Law: Muhammad b. Ahmad Sahl al-Sarakhi on Zakat”, in Christopher Toll; Jakob Skovgaard-Petersen (orgs.), *Law*

- and the Islamic World, Past and Present*. Copenhagen: The Royal Danish Academy of Sciences and Letters, 57-75.
- Coulson, Noel J. (1964), *A History of Islamic Law*. Edinburgh: Edinburgh University Press.
- Hallaq, Wael B. (1984), "Was the Gate of *Ijtihad* Closed?", *International Journal of Middle Eastern Studies*, 16(1), 3-41.
- Hallaq, Wael B. (1986), "On the Origins of the Controversy about the Existence of *Mujtahids* and the Gate of *Ijtihad*", *Studia Islamica*, 63, 129-141.
- Hallaq, Wael B. (1997), *A History of Islamic Legal Theories: an Introduction to Sunni Usul Al-Fiqh*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Hasan, Ahmad (1976), *The Doctrine of Ijma in Islam*. Islamabad: The Islamic Research Institute.
- Faruki, Kemal A. (1962), *Islamic Jurisprudence*. Karachi: Din Muhammadi Press.
- Jackson, Sherman A. (1996), *Islamic Law and the State. The Constitutional Jurisprudence of Shihab al-Din al-Qarafti*. Leiden: E.J. Brill.
- Johansen, Baber (1993), "Legal Literature and the Problem of Change: The Case of the Land Rent", in Chibli Mallat (org.), *Islam and Public Law. Classical and Contemporary Studies*. London: Centre of Islamic and Middle Eastern Law, SOAS, 29-49.
- Jokisch, Benjamin (1997), "*Ijtihad* in Ibn Taymiyya's *Fatawa*", in Robert Gleave; Eugenia Kermeli (orgs.), *Islamic Law: Theory and Practice*. London: I. B. Tauris Publisher, 119-137.
- Kamali, Mohammad Hashim (1993), "Appellate Review and Judicial Independence in Islamic Law", in Chibli Mallat (org.), *Islam and Public Law. Classical and Contemporary Studies*. London: Centre of Islamic and Middle Eastern Law, SOAS, 29-49.
- Kamali, Mohammad Hashim (1996), *Freedom of Expression in Islam*. London: I.B. Tauris.
- Khalafallah, Haifaa (2001), "The Elusive 'Islamic Law': Rethinking the Focus of Modern Scholarship", *Islam and Christian-Muslim Relations*, 12(2), 143-52.
- Lambton, Ann K. S. (1981), *State and Government in Medieval Islam. An Introduction to the Study of Islamic Political Theory: The Jurists*. Oxford: Oxford University Press.
- Lapidus, Ira M. (1988), *A History of Islamic Societies*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Makari, Victor E. (1983), *Ibn Taymiyyah's Ethics. The Social Factor*. Chico: Scholars Press.
- Makdisi, George (1985), "Freedom in Islamic Jurisprudence: *Ijtihad*, *Taqlid*, and Academic Freedom", in *Les Belles Lettres*. Paris: 79-87.
- Makdisi, George (1990), "Magisterium and Academic Freedom in Classical Islam and Medieval Christianity", in Nicholas Heer (org.), *Islamic Law and Jurisprudence*. Seattle/London: University of Washington Press, 117-133.
- Makdisi, George (1991), *Religion, Law and Learning in Classical Islam*. Vermont: Ed. Variorum.

- Peters, Rudolph (1980), “*Ijtihad* and *Taqlid* in 18th and 19th Century Islam”, *Die Welt des Islams*, 20(3-4), 131-145.
- Schacht, Joseph (1964), *An Introduction to Islamic Law*. Oxford: Clarendon Press.
- Vogel, Frank E. (1993), “The Closing of the Door of *Ijtihad* and the Application of Law”, *The American Journal of Islamic Social Sciences*, 10(3), 396-401.
- Weiss, Bernard (1978), “Interpretation in Islamic Law: The Theory of *Ijtihad*”, *American Journal of Comparative Law*, 26, 199-212.